

刑法の重要問題

〔総論〕

第三版

東京大学法学部教授 大塚 仁 著

刑法の重要問題

〔総論〕

補訂版

曾根威彦著

成文堂

著者略歴

曾根威彦（そね・たけひこ）

1944年 横浜に生まれる

1966年 早稲田大学法学部卒業

現在 早稲田大学教授 法学博士

司法試験審査委員

主 著 『刑法の重要問題〔各論〕補訂版』（1996年，成文堂），『刑法における正当化の理論』（1980年，成文堂），『表現の自由と刑事規則』（1985年，一粒社），『刑法における実行・危険・錯誤』（1991年，成文堂），『刑法総論〔新版〕』（1993年，弘文堂），『刑法各論』（1990年，弘文堂），『現代刑法論争Ⅰ，Ⅱ』（共著，1983年・1985年，勁草書房），『ドイツ刑法史綱要』（共訳，1984年，成文堂）

刑法の重要問題〔総論〕 補訂版 定価3,811円
(本体3,700円)

1994年 12月10日 初 版第1刷発行

1996年 3月10日 補訂版第1刷発行

著 者 曾 根 威 彦

発 行 者 阿 部 耕 一

162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話 03(3203)9201(代) Fax 03(3203)9206

製版・印刷 三報社印刷 製本 佐抜製本

©1996 T. Sone Printed in Japan

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆

ISBN 4-7923-1393-7 C 3032

検印省略

は し が き

本書は、既に刑法（総論）を一通り学んだ者が、さらに深く刑法学を理解するための一助として執筆された参考書であって、私の教科書『刑法総論「新版」』（弘文堂）と対をなしている。刑法学上のすべての問題を網羅的に扱う教科書は、その性格上個々の論点について必ずしも十分に論じ尽くし得ない面もあるので、本書では刑法（総論）上の諸問題のうち特に重要と思われる三〇のテーマを取り上げ、それぞれの項目について立ち入った考察を加えている。本書は、大学における講義（刑法特論（犯罪論））が下地となっているが、直接には、学界において私と同じ世代に属する川端 博教授、前田雅英教授らが最近出された著作（凡例参照）に触発されて、これを意識しつつ執筆したものである。本書が通説・判例を一般的に解説するという手法を採らず、全体に論争的色彩を帯びているのはそのためである。共同執筆による「論点もの」と呼ばれる書物もこれまでに多数公刊されているが、本書は右両教授の著作と同様、単独執筆の利点を生かして、各項目が刑法学上の一定の立場によって貫かれていることが一つの特色をなしている。

本書において選択したテーマは、伝統的に従来刑法学で論じられてきたものが中心となっているが、内容的には最近の判例・学説の動向を踏まえて、今日の刑法学の一応の到達点を示そうと努めた。執筆のスタイルはおおむね、まず当該テーマに関連する一般的事項について述べたうえで問題の所在を明らかにし、以下にその内容を詳しく検討するというものである。なお、読者の便宜のために、各項目の冒頭に見出しの一覧を設け、また、参考文献は、教科書類を除いて項目の末尾に番号を付して掲げ、本文ではその執筆者・番号・頁を引用することにした（教科書・

講座等の一般的な文献については、凡例の文献略語参照。

本書の校正については、早稲田大学法学部助手の岡上雅美君に手伝っていただいた。また、成文堂の阿部耕一社長、土子三男編集長には本書の出版を快くお引き受けいただいたほか、編集作業に当たっては編集部の本郷三好氏に大変世話になった。心よりお礼を申し述べたい。

一九九三年九月

初秋の八王子の里にて

曾根威彦

補訂版はしがき

本書も、「刑法の重要問題（各論）」（補訂版）と同様、一九九五年四月二十八日に制定された「刑法の一部を改正する法律」（同五月二日公布（法律第九一号））が同六月一日から施行されているのを受けて、これに対応するために必要な補訂を行ったものである。なお、この機会に旧著の公刊後に著された新しい文献を補充しておいた。

一九九五年二月

曾根威彦

文献略語

〔教科書〕（引用は原則として著者名のみによる）

- 植松 正・刑法概論Ⅰ総論（再訂版・一九七四・勁草書房）
 内田文昭・刑法Ⅰ（総論）（改訂版・一九八六・青林書院）
 大塚 仁・刑法概説（総論）（改訂版・一九八六・有斐閣）
 大谷 実・刑法講義総論（第四版・一九九四・成文堂）
 香川達夫・刑法講義（総論）（第二版・一九八七・成文堂）
 川端 博・刑法総論講義（一九九五・成文堂）
 吉川経夫・刑法総論（三訂版・一九八九・法律文化社）
 佐伯千仞・刑法講義（総論）（改訂版・一九七四・有斐閣）
 莊子邦雄・刑法総論（新版・一九八一・青林書院）
 曾根威彦・刑法総論〔新版〕（一九九三・弘文堂）
 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇・創文社）
 内藤 謙・刑法講義総論（Ⅱ）（一九八三、Ⅲ）（一九八六、Ⅳ）Ⅰ
 一九九〇・有斐閣）
 中 義勝・刑法総論（一九七一・有斐閣）
 中野次雄・刑法総論概要（第三版・一九九二・成文堂）
 中山研一・刑法総論（一九八二・成文堂）
 〃 概説刑法Ⅰ（一九八九・成文堂）
 西原春夫・刑法総論（一九七七・成文堂）
 野村 稔・刑法総論（一九九〇・成文堂）
 平野龍一・刑法総論（Ⅰ）（一九七二、Ⅱ）（一九七五・有斐閣）
 福田 平・刑法総論（全訂版・一九八四、有斐閣）

藤木英雄・刑法講義総論（一九七五・弘文堂）
 前田雅英・刑法総論講義（第二版・一九九四・東京大学出版会）
 なお、曾根威彦・刑法各論〔新版〕（一九九五・弘文堂）を各論として引用

〔参考書〕（引用は著者名および書名による）

- 浅田和茂Ⅱ齊藤豊治Ⅱ佐久間修Ⅱ松宮孝明Ⅱ山中敬一『刑法総論』（一九九三・青林書院）
 阿部純二Ⅱ板倉宏Ⅱ内田文昭Ⅱ香川達夫Ⅱ川端博Ⅱ曾根威彦・刑法基本講座第1巻Ⅱ第6巻（一九九二・一九九四・法学書院）
 植松 正Ⅱ川端博Ⅱ日高義博Ⅱ曾根威彦『現代刑法論Ⅰ・Ⅱ』（一九八三、一九八五・勁草書房）
 大塚 仁『犯罪論の基本問題』（一九八二・有斐閣）
 川端 博『刑法総論25講』（一九九〇・青林書院）
 芝原邦爾Ⅱ堀内捷三Ⅱ町野朔Ⅱ西田典之編著『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ・Ⅱ』（一九八八、一九九〇・日本評論社）
 中山研一Ⅱ西原春夫Ⅱ藤木英雄Ⅱ宮澤浩一編・現代刑法講座第一巻Ⅱ第五卷（一九七七・一九八一・成文堂）
 日本刑法学会編『刑法講座ⅠⅡ6』（一九六三・一九六四・有斐閣）
 前田雅英『刑法の基礎 総論』（一九九三・有斐閣）

目次

はしがき

文献略語

1	犯罪論の体系構成	一
---	----------	---

2	相当因果関係	二三
	一 犯罪論の構成方法 (1)	
	二 行為と構成要件の関係 (3)	
	三 構成要件該当性と違法性の関係 (8)	

3	行為無価値と結果無価値	三六
	一 はじめに (13)	
	二 二つの相当性概念 (14)	
	三 行為の相当性 (広義の相当性) (16)	
	四 因果経過の相当性 (狭義の相当性) (21)	

4	積極的加害意思と正当防衛	三九
	一 行為無価値論と結果無価値論 (26)	
	二 行為無価値 (29)	
	三 結果無価値 (34)	

一 問題の所在 (39)	二 侵害の急迫性と積極的加害意思 (41)	三 防衛の意思と積極的加害意思 (45)
5 正当防衛と緊急避難の限界		
一 緊急行為 (52)	二 対物防衛 (54)	三 防衛行為と第三者 (58)
6 過剰防衛と誤想防衛		
一 過剰防衛 (65)	二 誤想防衛 (69)	三 誤想過剰防衛 (72)
7 緊急避難の本質		
一 学説 (77)	二 民法の緊急避難と刑法の緊急避難 (82)	三 解釈論上の問題点 (84)
四 緊急避難の要件 (86)		
8 被害者の承諾		
一 被害者の承諾の意義と種類 (89)	二 承諾の犯罪論体系上の地位 (90)	
三 被害者の承諾と自己決定の自由 (94)	四 被害者の承諾の認識と錯誤 (98)	
9 可罰的違法性と超法規的正当化事由		
一 はじめに (101)	二 可罰的違法性の理論と超法規的正当化事由の理論 (103)	
三 正当化事由と可罰的違法阻却事由 (107)	四 超法規的正当化事由の本質と要件 (109)	

10

原因において自由な行為

- 一 問題の所在 (113)
- 二 原因行為説とその問題点 (115)
- 三 結果行為説とその問題点 (118)
- 四 二元説とその問題点 (119)
- 五 判例 (122)

一三

11

故意の機能と犯罪論体系

- 一 二つの考え方——違法要素か責任要素か (125)
- 二 違法性基礎づけ機能——故意と違法性 (127)
- 三 故意と責任 (132)
- 四 構成要件の故意と責任故意 (134)

一五

12

過失犯の構造

- 一 旧過失論と新過失論 (138)
- 二 過失犯の構成要件該当性 (140)
- 三 過失犯の違法性 (146)
- 四 過失犯の責任 (148)

一六

13

過失犯における注意義務

- 一 注意義務の内容 (150)
- 二 予見可能性——注意義務の前提 (154)
- 三 注意能力——注意義務の基準 (159)
- 四 注意義務と信頼の原則 (161)

一七

14

方法の錯誤

- 一 具体的事実の錯誤 (163)
- 二 法定的符合説とその問題点 (165)
- 三 具体的符合説とその問題点 (170)
- 四 共犯と方法の錯誤 (173)

一八

15 抽象的事実の錯誤……………一七五

- 一 学説 (175)
- 二 罪質を異にする場合——事例の検討・その一 (180)
- 三 罪質を同じくする場合——事例の検討・その二 (183)
- 四 判例の動向 (184)

16 違法性の意識・違法性の錯誤……………一八七

- 一 問題の所在 (187)
- 二 違法性の意識の要否 (189)
- 三 厳格な違法性の意識が必要か (192)
- 四 違法性の意識の可能性と故意 (196)

17 正当化事情の錯誤……………一九九

- 一 問題の所在 (199)
- 二 違法性の錯誤と解する立場 (200)
- 三 事実の錯誤と解する立場 (204)

18 期待可能性……………三二一

- 一 規範的責任論と期待可能性 (211)
- 二 法定的責任阻却事由と超法規的責任阻却事由 (213)
- 三 判例と期待可能性 (214)
- 四 期待可能性の体系的地位 (216)
- 五 期待可能性の判定基準 (218)
- 六 期待可能性の錯誤 (220)

19 不真正不作為犯における作為義務……………三三三

- 一 不真正不作為犯 (223)
- 二 作為義務の発生根拠 (224)
- 三 同価値性による限定 (226)
- 四 作為義務の体系的地位と錯誤 (229)
- 五 義務の衝突——不作為犯における正当化事由 (232)

24	共犯の処罰根拠	二六四
23	間接正犯と教唆犯	二七一
22	中止犯の法的性格	二五九
21	不能犯	二四七
20	実行の着手	二三五

25

共犯の本質

.....

二九六

26

過失の共犯

.....

三〇八

27

共謀共同正犯

.....

三二

28

承継的共犯と共犯からの離脱

.....

三三

29

共犯と身分

.....

三四五

- 一 身分犯と共犯 (346)
- 二 六五条一項と二項の關係 (348)
- 三 構成的身分 (真正身分) と共犯 (352)
- 四 加減の身分 (不真正身分) と共犯 (354)
- 五 消極の身分と共犯 (355)

観念的競合と併合罪

.....

- 一 罪数の意義 (358)
- 二 観念的競合が科刑上一罪とされる理由 (360)
- 三 一個の行為——観念的競合と併合罪を分かつ基準 (363)
- 四 具体例の検討 (366)
- 五 かすがい現象 (369)

1 犯罪論の体系構成

一 犯罪論の構成方法

(1) 学説 (2) 私見

二 行為と構成要件の關係

1 犯罪概念の第一要素は何か (1) 「構成要件論」 (2) 「行為論」

2 行為概念の機能 (1) 基本要素としての機能 (2) 結合要素としての機能 (3) 限界要素としての機能 (4) 統一要素としての機能

三 構成要件該当性と違法性の關係 (1) 両者を一体視する立場 (2) 原則―例外の關係とみる立場

場 (3) 形式―実質の關係とみる立場

一 犯罪論の構成方法

(1) 学説 犯罪論をどのように構成すべきかについては、見解の対立がみられる。それは、まず第一に、犯罪概念にとつて基本となるべき要素、したがつて犯罪概念の第一要素を何に求めるかについて意見が分かれ、また

第二に、犯罪概念を構成する諸要素、特に構成要件該当性と違法性の關係について考え方の相違があるからである。第一の問題については、構成要件ないし構成要件該当性を犯罪概念の第一要素と解する「構成要件論」と、行為を

第一要素と解する「行為論」とが対立している。また、第二の問題については、構成要件該当性を違法性から独立した犯罪要素とみる見解（分離説）と、構成要件該当性と違法性が本質を同じくするという見地から両者を一体視し、一方を他方へ解消しようとする見解（一体説）とがある。この二つの問題に対する解答の組み合わせ次第によって、犯罪論の構成方法は大別して次の三つの考え方に分かれることになるのである。

まず、①第一の問題について「構成要件論」に立ち、第二の問題について構成要件該当性を違法性から分離する立場は、犯罪論の構成方法として、構成要件該当性・違法性・責任という三分法を採用ことになる。次に、②第一の問題について「行為論」に立ちながら、第二の問題について分離説を採用場合には、行為・構成要件該当性・違法性・責任という四分法を採用ことになる。そして最後に、③第一の問題については「行為論」に立ちながら、第二の問題について一体説を採用する立場は、行為・不法（違法性）・責任（有責性）という三分法を採用ことになる（なお、「構成要件論」に立ちつつ、しかも一体説を採って、犯罪論を不法・責任とする純粹の形で二分法は今日存在しないが、後述三(1)の消極的構成要件要素の理論にはそのような傾向がみられる）。

①の立場は、構成要件該当性を犯罪概念の第一要素とすると共にこれを違法性から切り離し、さらに行為を犯罪概念の独立した要素ではなく単に犯罪概念の基底に過ぎないと解し（例えば大塚・八八頁以下）、あるいは実行行為という形で構成要件の内部でのみ論ずるものであって、純粹の意味での「構成要件論」とみることができる。反対に、③の立場は、行為を犯罪概念の独立した要素、しかも第一の要素と解すると共に、構成要件該当性に犯罪概念における独立した意義を認めないものであって（例えば西原・六一頁以下）、「行為論」の考え方を徹底させたものということができる。以上に對し、②の立場は、行為を犯罪概念の独立した第一の要素と解している点で基本的に「行為論」の立場に立っているが、構成要件該当性に違法性から独立した独自の意味を与えている点では①の立場との類

似性が認められ、結局、①と③の中間的見解とみることができる（大塚『新版刑法の基礎知識』①九頁）。

(2) 私見 結論を述べると、著者は②の四分法が妥当であると考えている。詳細は後述するが（後出二、三）、犯罪概念を構成する要素は、まず、(一)前法的な概念である行為と、その他の法的な概念である諸要素とに大別される。ある事実が行為と呼べるかどうかは純粹の事実判断であつて（ただし刑法学上の問題ではある）、他の刑法的判断から区別される。次に、(二)法的な犯罪概念要素は、形式的（一般抽象的）な性格をもつ構成要件該当性と、實質的（個別具體的）な性格をもつ違法性および責任に分けられる。前者の、行為が構成要件に該当するか否かの判断が価値に係しているとはいえず事実判断にとどまっているのに対し（価値関係の事実判断）、後者の、構成要件に該当した行為（実行行為）が違法・有責であるかどうかの判断は純粹の価値判断であるといえる。最後に、(三)犯罪概念の實質的な要素は、客観的・外部的性格を有する違法性と、主観的・内部的性格を有する責任とに分けることができるのである。

二 行為と構成要件の関係

1 犯罪概念の第一要素は何か

(1) 「構成要件論」 狭い意味では、構成要件該当性を犯罪概念の第一要素と解する見解のみが「構成要件論」であるが、広い意味では、構成要件該当性に独立した犯罪要素としての意味を認め、これを何らかの形で犯罪論体系に組み入れる見解をすべて「構成要件論」と呼ぶことができる。広義では、前掲②の犯罪論体系も「構成要件論」ということになる。しかし、「行為論」と対比される意味での「構成要件論」は、前者の狭い意味でのそれを指している（以下、特に断らない限りこの狭い意味で「構成要件論」という言葉を用いることにする）。

「構成要件論」の特色は、「犯罪とは何か」という犯罪の實質を問うことなく、「その行為は犯罪か」という形で犯罪（行為）の属性を重視する見地から、犯罪論を形式的に構成するところにある。すなわち、「構成要件論」の主たる関心は、犯罪本質論よりも行為が犯罪とされるための条件に、その意味で犯罪の評価的把握ないし犯罪認定論に向けられているといつてよい。

二〇世紀に入りドイツで「構成要件論」が台頭してきた学説史的背景の一つに、刑法学における罪刑法定主義思想の確立が考えられる。すなわち、罪刑法定主義の一つの柱は「法律なければ犯罪なし」というものであるが、「構成要件論」はこの思想を発展させ、そこでいう「犯罪」はおよそ犯罪一般を意味するのではなく、法律の明文により類型化された個々の犯罪を指している、と解することになった。「構成要件論」によれば、構成要件に該当するものだけが犯罪となるのであって、ここに、構成要件のもつ罪刑法定主義的機能を強調することこそが国民の人権保障を全うすることになる、と考えられるに至ったのである。「法律なければ構成要件なく、構成要件なければ犯罪なし」というわけである。

「構成要件論」の思想的根底には、認識に先立って我々に与えられた所与の現実の名もなく形もない無秩序の混沌であって、我々の認識を通して初めて物事の秩序・実体を形成することが可能になる、とする新カント哲学の方法論が横たわっている。犯罪概念についても同様であって、観念的な存在である構成要件という枠組みを通して初めて犯罪概念を把握し得るのであって、構成要件の観念の存在しない所に犯罪概念は存在し得ない、と主張するのである。「構成要件論」は、行為は構成要件の中に観念としてのみ存在するという見地から、構成要件該当性の判断に当たっては、無限定な出来事を対象として、そこから直接構成要件の行為（実行行為）を抽出するという方法を採用したがつて、「行為論」が説くように、刑法から離れたところに行為が存在すると解するのは誤りであるとし、